Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

In wie weit erſtreckt ſich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache?

Von

Herrn Geh. Hofrath Dr. **Warnkönig** in Freiburg.

I.

Die Frage, in wie weit, nach dem römiſchen Rechte, ein Pfandrecht ſich auch auf die Früchte der verpfändeten Sache erſtrecke, und demnach dem Pfandgläubiger das Recht ertheile, dieſelben mit der hypothekariſchen Klage, etwa ſelbſt in den Händen des dritten Beſitzers zu verfolgen, gehört zwar nicht zu den eigentlich beſtrittenen, ſie iſt jedoch, des anſcheinenden Widerſpruchs der in den Quellen ſich darauf beziehenden, zum Theil ſehr ſchwierigen Stellen wegen, mit Beſtimmtheit ſchwer zu löſen, auch ſowohl in den Lehrbüchern der Pandekten, als in den neuſten dieſelbe ex professo erörternden Abhandlungen nicht auf dieſelbe, und im Ganzen nicht auf eine in jeder Hinſicht befriedigende Weiſe gelöst.

Eine nochmalige Beleuchtung derſelben dürfte deshalb nicht als überflüſſig angeſehen werden.

Die Stellen, auf deren Auslegung es bei der Löſung dieſer Frage ankömmt, ſollen vorerſt vollſtändig hier aufgeführt werden. Es ſind folgende:

1. Pauli Receptae Sententiae Lib. II. Tit. V. §. 2.
   Foetus et partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.
2. c. 3. C. 8. 15. (Ex quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) von Severus Alexander.
   Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita

pactione inesse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit.

3. Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. (de pign. et hypoth.) von Papinian.
Quum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur; pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur. Quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

4. Fr. 16. §. 4. D. eod. (v. Marcian).
Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam de fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam (quod) debetur. Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent *et res non sufficit.* (So Hal. und die Vulg.)

5. Fr. 29. §. 1. D. eod. (v. Paulus).
Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus. Ceterum si apud alium dominum peperint, non erunt obligata.

6. F. 1. pr. D. 43. 33. (de Salviano Interdicto) (v Julian).
Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit, et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia *utile* interdictum addici oportet.

7. F. 18. §. 2. D. 13. 7. (de pign. act.) (v. Paulus).
Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris constitit, quia cum sua causa fundus transeat, sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

8. C. 1. C. 8. 25. (de partu pignoris et omni causa.) v. Severus Alexander.

Partus pignoratae ancillae in pari causa esse, qua mater est, olim placuit.

9. Fr. 13. pr. D. 20. 1. (de pign. et hyp.) (v. Marcian).

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur, sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

10. Fr. 11. §. 3. D. 20. 4. (Qui prior. in pign. vel hyp. hab.) von Gajus.

Si de futura re convenerit, ut pignori sit, sicuti est de *partu*, hoc quaeritur: an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris, et in fructibus, si convenerit, ut sint pignori: aeque quaeritur: an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuit debitoris.

Aus dieſen verſchiedenen Stellen werden in den Lehrbüchern der Pandekten folgende Grundſätze abgeleitet.

Voet (ad Pandectas XX. 1. §. 3.) theilt nachſtehende Anſicht über die ganze Frage mit:

In rebus singularibus pignori obligatis, ita jus est, ut et fructus inde nati in consequentiam obligati sint, licet id expresse actum non sit. Non tamen eodem modo. Si enim post litem demum contestatam percepti fuerint, omnimodo tenentur creditori pro debiti securitate, quoties valet minoris res ipsa, quam debitum est. Si ante percepti; non aliter in causa pignoris sunt, quam si adhuc exstent et non sufficiat res principalis. Nam si a tertio bonae fidei emtori percepti atque consumti sint, uti eos ille domino restituere non cogitur, ita nec creditori, cui nunquam fuerunt obligati, dum numquam fuerunt debitoris facti, licet id nominatim actum sit, ut fructus quoque pignori essent.

Weſtphal (vom Pfandrecht) ſagt §. 17.:

Wenn das Pfand eine fruchttragende Sache oder ein fruchtbringendes Vieh iſt, ſo gehören die Früchte zwar dem Gläubiger nicht eigenthümlich zu, doch aber kann er ſeine Sicherheit auch an ihnen, wenn ſie noch wirklich vorhanden, ſo gut, als an der fruchttragenden Sache ſelbſt, nehmen, es mag ſie der Schuldner oder jeder andre nachfolgende Beſitzer erzeugt haben.

Bei Thibaut §. 792. am Ende, II. Bd. S. 315. heißt es:

Was insbeſondre die Früchte betrifft, ſo ſind natürlich die hängenden und die nach der Einlaſſung gezogenen Früchte dem Pfandrecht unbedingt unterworfen. Wurden ſie vorher erzeugt, ſo ſind blos die noch vorhandenen unter dem Pfandrecht begriffen, und auch nur inſofern, als der Gläubiger ſich nicht aus der Hauptſache befriedigen kann [1]).

Schweppe im Römiſchen Privatrecht §. 351. ſagt:

Das Pfandrecht auf eine Sache wird auf das Hinzukommende erweitert:

1. die Früchte, wenn ſie noch während der Dauer des Eigenthums des Verpfänders ihr Daſeyn erlangen, oder ausdrücklich mitverpfändet ſind, in welchen beiden Fällen auch wohl die Zinſen einer verpfändeten Forderung, wenn ſie ſtehen bleiben, dem Pfandrecht unterworfen ſind.

In der neuſten Ausgabe des Lehrbuchs von Wening heißt es ganz allgemein S. 411.:

Bei den von der Hauptſache getrennten Früchten kommt es darauf an: ob ſie beſonders verpfändet, ob ſie vor oder nach der litis contestatio getrennt worden ſind: und in welchem Verhältniß der Beſitzer zur Hauptſache ſteht.

---

1) In der Note heißt es: Manche haben andre Ideen; vgl. Gmelin, Weſtphal, Voet, Lauterbach, Gottſchalk.

Genauer ist Mühlenbruch, wenn er S. 216 in Note 3 zu §. 319 sagt:

Die nach der Litiscontestation perzipirten Früchte, sind immer dem Anspruch des Gläubigers, wenigstens in subsidium unterworfen, die vorhergezogenen nur, wenn sie entweder vom Schuldner selbst perzipirt sind, oder wenn sie ausdrücklich mitverpfändet wurden, in welchem Falle sie nicht blos in subsidium haften, und auch die von einem dritten Besitzer perzipirten in Anspruch genommen werden können, vorausgesetzt, daß ihre ursächliche Existenz in die Besitzzeit des Schuldners fällt, sie auch nicht bona fide consumirt sind.

Mühlenbruch folgt hier Huschke, der die ganze Frage in seinen Studien ex professo behandelt, und die ebengenannten Bestimmungen ausführlich entwickelt hat.

Göschen sagt (in den Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. II. S. 323) Folgendes:

Was die Früchte der verpfändeten Sache betrifft, so ist der Grundsatz dieser: In der Verpfändung sind, auch ohne daß es besonders ausgemacht zu seyn braucht, mitbegriffen, nicht nur die hängenden Früchte, sondern auch alle später erzeugten, wofern sie Eigenthum des Verpfänders geworden sind.

Roßhirt S. 8. des ersten Bandes seiner Zeitschrift stellt folgende Sätze auf:

a. Die mit der Hauptsache zusammenhängenden, als pars der Sache dem Pfandrechte unterworfenen, Früchte sind dem Pfandrecht unterworfen. Wenn aber ein Andrer als der Verpfänder [2]) auf die Perception Rechte hat, und sie darnach percipirt, so kömmt es darauf an: ob das Recht zur Perception stärker ist als das Pfandrecht [3]), z. B. ein vor dem Pfandrecht begründeter ususfructus,

2) Warum nicht auch wenn dieser?

3) Nach welchem Princip erkennt man, ob das Perceptionsrecht stärker ist?

oder nicht. Nur im letzten Fall haften die fructus extantes zwar dem Pfandgläubiger, aber blos ſubſidiär: si res ipsa non sufficit.

b. In Hinſicht auf die ſelbſtſtändig gewordenen Früchte iſt zwar angenommen, daß ſie durch Uſucapion dem Pfandrecht nicht entgehen können, aber der bonae fidei possessor haftet nicht wegen der conſumirten, da er dieſe ja ſelbſt dem Vindicanten nicht herauszugeben braucht, indem er ſie auf einem eigenen vom Rechte des wahren Eigenthümers ohne Rückſicht auf Zeit oder andre Priorität, unabhängigen Rechtsgrund hat. Ob etwas Beſonderes rückſichtlich der ex mancipiis nata ſtatt fand, wollen wir dahingeſtellt ſeyn laſſen.

Schilling im Lehrb. der Inſtitutionen ꝛc. Bd. II. S. 689 ſagt in der Note e. zum §. 207:

„Doch haften bereits percipirte Früchte der verpfändeten Sache nur inſofern, als ſie entweder nach erhobener Klage percipirt, oder im Falle früherer Perception bei dem Percipienten noch vorhanden ſind und in jedem Fall nur ſubſidiär, wenn nämlich die Hauptſache zur Befriedigung nicht hinreicht.

Unter dieſen Rechtsgelehrten machen Thibaut und Schilling keinen Unterſchied ob

1. die Früchte beſonders verpfändet, und

2. vom Pfandſchuldner ſelbſt (oder ſeinen Erben) oder von einem dritten Eigenthumsbeſitzer in bona fide percipirt waren: Fragen, die außer Roßhirt noch Mühlenbruch und Fritz in der neuſten Ausgabe von Wenings Lehrbuch und in ſeinen Erläuterungen B. I. S. 421. theils kurz entſcheiden oder doch berückſichtigen; während dieſelben ausführlich erörtert werden von Glück (Band XVIII. S. 345—351.) Bake in ſeiner bekannten Diſſertation: Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berlin 1825. S. 118—130 u. S. 191 folg. Huſchke in den Studien des

Röm. Rechts 1830. S. 368—373. Geſterding, die Lehre vom Pfandrecht. 2te verb. Auflage 1831. Hepp in ſeiner Recenſion dieſes Werkes in der halliſchen Lit.-Zeitung v. J. 1832. Bd. I. S. 527—530 und von Sintenis im Handbuche des gemeinen Pfandrechts (v. 1836.) S. 462., welche genaue aber in ihren Reſultaten ſehr von einander abweichende Unterſuchungen über die ganze uns hier beſchäftigende Frage anſtellen. Bei dieſer Gelegenheit wird dem (unter No. 3. aufgeführten) Fr. 1. §. 2. D, 20. 1. eine beſondre Aufmerkſamkeit geſchenkt, eine Stelle, deren Auslegung überaus ſchwierig, und auf die Entſcheidung der ganzen Frage von überwiegendem Einfluß iſt.

Glück erklärt ſich über die vorhin berührten Punkte S. 350. dahin:

Sollen die Früchte des verpfändeten Grundſtücks ſchon von Rechtswegen unterworfen ſeyn, ſo muß ſie der Schuldner oder ſein Erbe percipirt haben, ſo daß ſie in deſſen Eigenthum übergegangen ſind. Iſt aber die Sache an den dritten Beſitzer veräußert worden, und dieſer hat die Früchte gezogen, ſo kann der Gläubiger darauf keinen Anſpruch machen, wenn ſie ihm nicht ausdrücklich verpfändet worden ſind.

Huſchke's Anſicht iſt ſchon angeführt worden. Er hält beſonders daran feſt: daß die beim Verpfänder bereits erzeugten, wenn auch erſt beim bonae fidei emtor percipirten Früchte dem Pfandrechte auf die Hauptſache in allen Fällen (sive convenerit sive non) unterworfen ſind. Die entgegenſtehende Stelle aus Paulus Receptae Sententiae, welche in der weſtgothiſchen Interpretatio dahin erklärt wird, der Fruchtgenuß der Sache ſtände dem Verpfänder und nicht dem Pfandgläubiger zu, hält er für corrumpirt und will daher: ſtatt pignoris jure tenetur leſen jure retinetur (mit Hindeutung auf Fr. 8. D. 20. 3.) Ferner nimmt er an: die Früchte müßten immer bei der hypothecaria actio zur Sprache kommen: wenn ſie auch ganz bei dem dritten Beſitzer gewachſen und erzogen (alſo auch wohl von ihm gezogen?) ſeyen.

Wie viel zu reſtituiren, ſey nach dem boni viri arbitrium, alſo nach der Aequitas, d. h. nach den leitenden Principien des Fr. 16. §. 4. D. 20. 1. (der 4ten Stelle) zu beſtimmen.

Bake, auf den Huſchke und andre Schriftſteller ſich berufen, entſcheidet die Frage zuerſt nach allgemeinen Grundſätzen (S. 121.) und zwar (wie uns ſcheint ſehr richtig) dahin: die hängenden Früchte ſeyen zwar verpfändet als Theil der Hauptſache, allein dieß Pfandrecht erlöſche ſtets, wenn ſie von Demjenigen percipirt wurden, der ein Perceptionsrecht auf ſie habe (alſo auch vom Verpfänder ſelbſt). Damit ein Pfandrecht aber auch an den percipirten Früchten ſtattfinden könne, werde ein beſonderer Rechtsgrund erfordert, z. B. ein pactum, ut et fructus pignori essent, u. ſ. w. Hierauf bemerkt er, daß die Auslegung der auf die ganze Frage ſich beziehenden Stellen ſehr ſchwierig ſey, und zu einem ganz befriedigenden Reſultat nicht führe [4]). Indeſſen beleuchtet er dieſe Stellen mit großem Scharfſinn, namentlich S. 39—41. und 191 — 195. das Fr. 1. §. 2. D. 20. 1.

Geſterding ſagt §. 10 nur ganz allgemein: das Pfandrecht erſtrecke ſich auch auf die Früchte der Sache, erklärt ſich aber §. 48. S. 367. (vom Zwecke der Pfandklage handelnd) näher dahin: daß er die percipirten Früchte auch in der Regel als mitverpfändet anſieht, ſofern ſie vom Verpfändenden ſelbſt percipirt werden: was die ausdrücklich mitverpfändeten betrifft, ſo ſollen auch ſie nur unter das Pfandrecht fallen, wenn ſie im Eigenthum des Verpfänders waren. Bei Gelegenheit dieſer Discuſſion interpretirt der Verfaſſer das Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. etwa [5]) wie Bachov, Weſtphal und Glück es interpretirt haben. Die Widerlegung dieſer Interpretation iſt ein Hauptpunkt in der Recenſion von Hepp, dem auch

4) S. 122: Statim praedico autem (difficultates) omnes tolli non posse. etc.

5) Jedoch nicht in jeder Rückſicht wie dieſe Schriftſteller.

im Ganzen Sintenis beistimmt. Es wird von dem ganzen Streite unten ausführlicher die Rede seyn:

Sintenis unterscheidet, ob die Früchte besonders mitverpfändet sind oder nicht, und hält im ersten Falle (Roßhirt folgend) sie für haftend, so fern nicht ein Dritter ein stärkeres Recht auf deren Gewinnung hat, z. B. der bonae fidei possessor, welcher die fructus consumtos nicht herauszugeben braucht. Die Haftung ist keine subsidiäre, sondern eine hauptsächliche.

Sind sie nicht besonders verpfändet, so muß der malae fidei possessor alle, der b. f. possessor, gleich dem Schuldner selbst, nur die extantes herausgeben. Doch ist diese Haftung eine subsidiäre.

Eine eigne Interpretation des Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. gibt Sintenis nicht, sucht dagegen in Note 1. S. 463 Mühlenbruch mit Fritz auszugleichen über einen Differenzpunkt.

So viel von dem gegenwärtigen Stande der Frage.

II.

Man kann die Frage, welche uns beschäftigt, ohne Rücksicht auf die in den oben angeführten Textstellen zu entscheiden versuchen [6]), aus der Natur des Rechtsverhältnisses selbst. Man wird dann zwei Hauptfälle zu unterscheiden haben, nämlich den, wo blos eine fruchttragende Sache verpfändet ist, und den, in welchem die Früchte ausdrücklich mitverpfändet sind. Dort ist ein einfaches Pfandrecht auf die Sache selbst vorhanden, hier (nach der Absicht der Contrahenten) ein Doppeltes, nämlich eines auf die Hauptsache und eines auf die Früchte. Zwischen beiden muß nothwendig irgend ein Unterschied bestehen, dieß folgt aus der Absicht der Contrahenten, weil diese ja ausdrücklich verabreden, die Früchte sollen verpfändet seyn. Im Augenblick

6) Dieß versucht Bake S. 121.

ihres Entſtehens ſind die Früchte, als Theil der Sache ſelbſt, mit dieſer Gegenſtand des Pfandrechts [7]).

I. In der Regel ſucht der Pfandgläubiger ſeine Garantie in der verpfändeten Sache. Er will kein andres Recht erwerben, als das: dieſe zur Deckung ſeiner Schuld einziehen und veräußern zu können. Bevor er die hypothekariſche Klage anſtellt, um ſein Recht geltend zu machen, will er dem verpfändenden Eigenthümer ſein Eigenthumsrecht nicht verkürzen. Er läßt dieſem den Fruchtgenuß und alle Nutzungen der Sache [8]), gleichwie er ſich nicht für berechtigt hält, die Miethe oder Pachtgelder des verpfändeten Grundſtückes anzuſprechen, denkt er auch nicht daran, dem Eigenthümer ſein Recht, die Früchte zu percipiren, und wenn ſie percipirt ſind, zu conſumiren oder zu veräußern, in Abrede zu ſtellen. Die Beſchränkung des Fruchtgenuſſes der verpfändeten Sache iſt nicht Zweck des Pfandrechts [9]). Dem Herrn der verpfändeten Sache ſteht das Recht zu, die Früchte von der Hauptſache zu trennen, und wenn er dieß thut, darf der Pfandgläubiger ſie nicht als Gegenſtand ſeines Rechts anſehen: was ſie freilich waren, als ſie mit der Hauptſache verbunden, und ein integrirender Theil dieſer geweſen ſind — jedoch auch nur ſo lange, als ſie dieß waren. Mit andern Worten: der Verpfänder macht durch die Trennung der Früchte von der Hauptſache den Anſprüchen des Pfandgläubigers auf die erſten (als Theil der letzten) ein Ende. Dieß Recht hat er, und übt es namentlich durch die fructuum perceptio [10]).

---

7) Dieß ſagt c. 3. C. 8. 15. (die Stelle Nr. 2.)

8) Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuits accessit, id ad debitorem pertinet. Fr. 21. §. 2. D. 20. 1. (de pign. et hyp.).

9) Deshalb muß der die Früchte percipirende Pfandgläubiger den Werth derſelben auf die Schuld abrechnen, wenn keine Antichreſis ihm geſtattet iſt. c. 1 — 3. C. 4. 24. c. 2. C. 8. 25.

10) Auf eine ähnliche Weiſe ſpricht ſich über dieſen Punkt auf Bake S. 121. aus.

Daraus erklärt ſich, daß in dem hier uns beſchäftigenden Falle der judex, wenn er das arbitrium fällt, zunächſt nur die im Beginn des Rechtſtreits noch hängend geweſenen oder ſeitdem erzeugten Früchte im Urtheil mit begreifen kann nach Fr. 16. §. 4. D. 20. 1. (Stelle No. 4.). Dieß thut er officio judicis, und wie in der Stelle angedeutet iſt [11]), auch nur dann, wenn die Schuld den Werth der Sache überſteigt. Was dieſe hängenden Früchte betrifft, ſo iſt es gleichgiltig, ob die Klage gegen den Pfandſchuldner ſelbſt gerichtet iſt, oder gegen den dritten Beſitzer der verpfändeten Sache: dieſe Früchte ſind deshalb der Klage unterworfen, weil ſie noch wirklich integrirender Theil der Sache ſind, im Augenblick ihrer Anſtellung oder während der Dauer des Proceſſes.

Auf die vorher percipirten iſt nach dem Obigen die Klage nicht auszudehnen, dieß ſagt der Juriſt Paulus in den receptis sententiis (Stelle No. 1.) ausdrücklich, und ſpricht dadurch einen Grundſatz des ſtrengen Rechts aus.

Wenn Marcian in Fr. 16. §. 4. ſich auf eine etwas andre Weiſe äußert, indem er ſagt: de intercedentibus fructibus nihil potest pronuntiare nisi res extet et res non sufficit, ſo erkennt er denſelben Grundſatz an, jedoch auf eine ihn aus Billigkeitsgründen modificirende Weiſe, indem er dem officium judicis es freiſtellt, auf den Fall, wo die vorher percipirten Früchte noch exiſtiren und der Werth der Sache zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht, auch dieſe in der Verurtheilung mitzubegreifen. Dieß iſt nur dann billig, wenn die Früchte vom Schuldner ſelbſt oder von ſeinen Erben percipirt worden ſind, weil ja dieſe für die Zahlung der Schuld unbedingt haften, ſelbſt das Pfandrecht beſtellt haben, und ſelbſt Eigenthümer der Früchte ſind. Hat ein Dritter in bona fide ſich befindender Eigenthumsbeſitzer der Sache ſie percipirt, ſo iſt es gewiß un-

11) In den Worten: Quid enim si minoris sit praedium, quam quod debetur.

billig, auf gleiche Weiſe zu verfahren. Denn die Schuld geht ihn nichts an, er iſt rückſichtlich des ihm unbekannten Pfandrechts außer aller Verantwortlichkeit. Und deshalb muß die allgemeine Faſſung des §. 4. in Fr. 10. durch das Fr. 29. §. 1. D. 20. 1. beſchränkt werden auf den erſten Fall, d. h. auf den si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem ejus [12])

Der Umſtand, daß die vom Dritten in bona fide ſich befindenden Eigenthumsbeſitzer percipirten Früchte niemals im Eigenthum des Verpfänders waren, iſt alſo hier entſcheidend für die Befolgung des ſtrengen Rechts. Das Pfandrecht darf ſich auf dieſe Früchte nicht erſtrecken, und das officium judicis iſt nicht ſo ausgedehnt, um auf deren Herausgabe zu erkennen, wenn ſie auch noch in natura beim Beklagten vorhanden ſeyn ſollten. Sie ſind durch die Perception freies Eigenthum des letzten geworden.

Ehe wir zur Unterſuchung des zweiten Hauptfalles (si convenit ut et fructus pignori essent) übergehen, haben wir noch eine wichtige Nebenfrage zu unterſuchen, nämlich die: ob die ſo eben entwickelten Grundſätze auch rückſichtlich des partus ancillae gelten?

Die Anſicht der Alten: partus ancillae non est in fructu, hatte, was den Eigenthumserwerb an demſelben betrifft, wichtige Folgen: der bonae fidei possessor konnte ſich das Sclavenkind nicht ſogleich zueignen, ſondern mußte es uſucapiren [13]).

Indeſſen iſt daſſelbe ſtets eine Accessio der Hauptſache, und ſo enge mit dieſer verbunden, daß die Trennung von der letzten die Pertinenz-Qualität nicht geradezu aufhebt. Was nun unſre Frage betrifft, ſo ſcheinen die von der Aus-

12) Für das Gegentheil erklärt ſich ausdrücklich Weſtphal §. 17. in Fr. 8 oben.

13) Fr. 28. D. 22. 1. §. 37. J. 2. 1. Fr. 48. §. 5, 6. D. 47. 2.

dehnung des Pfandrechts auf den partus ancillae redenden Stellen ſich zu widerſprechen:

1. Paulus (in den rec. sent. Stelle 1.) ſagt vom partus (wie freilich auch vom foetus) pignoris jure non tenetur.
2. Die Stellen No. 6, 7, 8. erklären das Sclavenkind gerade ſo für verpfändet, wie die Mutter, ohne zu unterſcheiden: ob es beim Verpfänder oder dem dritten bona fide beſitzenden Eigenthümer geboren worden.
3. In Fr. 29. §. 1. D. 20. 1. wird gerade dieſer Unterſchied für ſo weſentlich erklärt, daß die Sclavenkinder nur dann für verpfändet zu halten ſeyen, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus; nicht aber si apud alium dominum peperint.
4. Dagegen wird das Interdictum Salvianum *utiliter* geſtattet, wenn die Sclavin, welche der Pächter in das Pachtgut eingeführt, dann verkauft hatte, beim Dritten, d. h. beim Käufer ein Kind zur Welt brachte und in Fr. 18. §. 2. D. 13. 7. heißt es: auch der nach dem Verkauf der ancilla geborne partus ſey verpfändet.

Die meiſten Rechtsgelehrten haben wie ſchon Voet u. A. und neulich wieder Huſchke durch folgende Diſtinctionen dieſe verſchiedenen Entſcheidungen in Einklang zu bringen geſucht.

I. Das Sclavenkind iſt ſtets verpfändet, wenn es beim verpfändenden Eigenthümer oder deſſen Erben geboren wird.

II. Wird es beim Käufer der Sclavin in gutem Glauben geboren, ſo

1. iſt es verpfändet, wenn es bereits beim Verpfänder oder deſſen Erben concipirt war (Fall des Fr. 1. pr. D. 43. 33.).

2. Nicht aber, wenn es beim Dritten erſt concipirt wurde. Voet's Worte ſind folgende:

> Partus quoque postea editus, in causa pignoris est. Si modo conceptus et editus sit apud debitorem vel here-

dem ejus vel *tantum conceptus apud debitorem*, licet editus apud tertium, velut apud emtorem [14]).

Streng beweiſen läßt ſich die letzte Unterſcheidung nicht: man greift zu derſelben ſeine Zuflucht, um das angeführte Fr. 1. §. 2. mit dem Fr. 29. §. 1. D. 20. 1. einigermaßen in Einklang zu bringen, denn es iſt in der erſten Stelle nicht ausdrücklich von einem beim colonus ſchon concipirten Sclavenkind die Rede.

Das als Regel geltende Princip: agnata *non* tenentur, nisi dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus läßt ſich aus der Natur der Sache rechtfertigen, und darf daher nicht aus der Regel erklärt werden: partus non est in fructu, ſondern aus den oben entwickelten, auf alle Früchte und Erzeugniſſe einer Sache ſich beziehenden, Grundſätzen; muß aber bei dieſen eine um ſo ſtrengere Anwendung finden, als bonae fidei possessores mehr Recht auf die eigentliche fructus haben, als auf den partus ancillae [15]).

Deshalb trägt man kein Bedenken, eben jenes Fr. 29. §. 1. als Beweisſtelle für das Nichtverpfändetſeyn der nicht von dem in gutem Glauben ſich befindenden Eigenthumsbeſitzer percipirten Früchte anzuführen. Nur was die Ausdehnung des Pfandrechts auf den partus betrifft, im Fall er beim Verpfänder oder ſeinem Erben zur Welt kam, iſt das Römiſche Recht dem Pfandgläubiger günſtiger als bei den eigentlichen vor der Einlaſſung gezogenen Früchten: dieſe haften blos ſubſidiariſch: der partus dagegen iſt abſolut verpfändet nach den unter No. 5. 8. angeführten Stellen.

Läßt man nun die letzte Unterſcheidung als eine jetzt unpraktiſche zur Seite liegen, ſo ergibt ſich aus der Verbindung des Fr. 16. §. 3. und Fr. 29. §. 1. D. 20. 1. für den erſten Hauptfall das Reſultat:

---

14) Mit ihm ſtimmt daher Huſchke S. 370—372. ganz überein.

15) Fr. 48. §. 5. 6. D. 47. 2. Die Trennung des partus von der Mutter hebt das Pfandrecht nicht ſo auf, wie die fructuum perceptio das an Früchten.

1. Die von dem dritten Eigenthumsbeſitzer in gutem Glauben gezogenen Früchte fallen nie unter das Pfandrecht, und folglich auch nicht unter die Pfandklage, ſie mögen ſchon conſumirt ſeyn oder noch bei ihm exiſtiren.
2. Die Reſtitution der vom Verpfänder oder ſeinen Erben gezogenen, bei ihm noch vorhandenen, Früchte, obgleich ſie nach ſtrengen Rechtsgrundſätzen nicht unter das Pfandrecht fallen, kann officio judicis befohlen werden, wenn die Schuld den Werth der Hauptſache überſteigt.

II. Unterſuchen wir nun den Fall, wenn die Früchte der verpfändeten Sache ausdrücklich mitverpfändet ſind. Eine ſolche Uebereinkunft hat offenbar zum Zweck, zu verhindern, daß durch die Trennung von der Hauptſache das Haften der Früchte aufhöre. Da dieß letzte indeß in der Regel ſtatt hat, ſo kann man auch ſagen: eine ſolche Uebereinkunft werde geſchloſſen, um dem Pfandgläubiger auf die percipirten Früchte als beſondre Sachen ein Pfandrecht einzuräumen. Dieß Pfandrecht entſteht nur mit der Perception, wenn es im Augenblick derſelben überhaupt entſtehen kann. Das letzte hängt davon ab: ob die Früchte in dieſem Augenblick in das Eigenthum des Verpfänders oder ſeines Erben fallen oder nicht?

Denn nach Fr. 11. §. 3. D. 20. 4. (Stelle 10.) kann eine res futura nur giltig verpfändet werden, wenn ſie im Augenblick ihres Entſtehens in bonis des Verpfänders war, ein Satz, deſſen Wahrheit von ſelbſt einleuchtet, weil Niemand ein gegen Jeden giltiges Pfandrecht an einer fremden Sache beſtellen kann. Dieß beſtätigt ausdrücklich das mehrmals angeführte Fr. 29. §. 1. D. 20. 1. (Stelle Nro. 5.) welche ſagt: Quod tamen diximus etiam agnata teneri sive *specialiter de his convenit*, sive non, ita procedit: si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus.

Auch gehört hieher das unter No. 3. angeführte nun zu erklärende Fr. 1. §. 2. D. 20. 1., deſſen Interpretation ſo ſchwierig, aber, wie ſchon bemerkt, in dieſer ganzen Materie von größter

Wichtigkeit iſt. Das richtige Verſtehen dieſer Stelle hat auf die ganze Frage einen entſcheidenden Einfluß, und hängt zunächſt von der Feſtſtellung des Casus legis derſelben ab. Um denſelben zu finden, iſt es nöthig zu unterſuchen, welche Fälle hier überhaupt möglich ſind? An welchen Fall Papinian gedacht haben kann? an welchen er gedacht haben muß? (Sofern das letzte auszumitteln iſt.)

Sind mit einem Grundſtücke auch deſſen Früchte verpfändet worden, ſo können

I. dieſe vom Pfandſchuldner ſelbſt oder deſſen Erben percipirt worden ſeyn, und

a. entweder bei ihm exiſtiren,

b. oder von ihm reell konſumirt, oder

c. von ihm oder einem dritten Nichteigenthümer [16]) veräußert worden ſeyn

α. an einen malae fidei possessor,

β. an einen bonae fidei possessor.

Bei dieſem können ſie

1. noch exstantes ſeyn,

a. noch unverjährt,

b. bereits verjährt,

2. oder bona fide konſumirt,

daß: wenn ſie beim Schuldner ſelbſt exiſtiren, darauf geklagt werden kann, iſt gewiß: ebenſo wenn er ſie wirklich conſumirte (quia dolo desiit possidere), desgleichen wenn ein malae fidei possessor ſie erwarb, er mag ſie noch beſitzen oder conſumirt haben [17]).

Es bleibt alſo nur noch die Frage übrig: ob die Pfandklage gegen den bonae fidei emtor der

16) Im letzten Falle iſt er bonae fidei emtor fructuum im engern eigentl. Sinne, im erſten ein, rückſichtlich des Pfandrechts, in gutem Glauben ſich befindenden Eigenthumsbeſitzer.

17) arg. Fr. 22. §. 2. D. 13. 7.: „a praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt et consumti condici.“

Früchte gerichtet werden kann, und mit welchem Erfolg?

Unterſcheiden wir

A. den Fall, wo der dritte Beſitzer die verpfändeten Früchte bona fide vom Verpfänder ſelbſt erwarb. Daß er in dieſem Falle belangt werden kann mit der actio hypothecaria (directa ſogar), wenn die verpfändeten Früchte noch in natura bei ihm vorhanden ſind, kann nicht wohl bezweifelt werden, denn ſie waren beim Pfand-Schuldner auch nach der perceptio verpfändet als beſondere Sachen, nachdem ſie nicht mehr für eine accessio praedii galten, ſo daß ſie nun: quia res transit cum suo onere auch bei jedem bonae fidei emtor verpfändet bleiben.

B. Mit größtem Rechte wird auch der bonae fidei emtor, welcher vom dritten Nichteigenthümer die Früchte erwarb, (wenn er dieſe noch beſitzt) belangt werden können. Denn er iſt ja nicht einmal Eigenthümer derſelben geworden, und ſollte er dieß durch den Ablauf der Uſucapionszeit, ſo könnte er ſich auf dieſe nicht berufen, denn die vollendete Uſucapion hebt das Pfandrecht auf die verpfändete Sache nicht auf [18], und wie wir oben ſchon ſahen, kann ja auch der in gutem Glauben ſich befindende Eigenthumsbeſitzer mit der Pfandklage belangt werden [19]. Es kann daher nur die Frage zweifelhaft ſeyn: ob (in beiden unterſtellten Fällen) noch gegen den bonae fidei emtor die actio Serviana (wenigſtens utiliter) erfolgreich geklagt werden könne: wenn derſelbe die Früchte conſumirt hat?

Auf den erſten Anblick möchte man geneigt ſeyn, dieſe Frage bejahend zu beantworten, denn derſelbe hat ja eine

18) Fr. 44. §. 5. D. 41. 3. c. 7. C. 8. 14.

19) Dieſe Gründe ſtehen wörtlich in Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. Pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur.

verpfändete Sache zerſtört, alſo durch ſeine Handlung den Gegenſtand des Rechts des Pfandgläubigers vernichtet.

Allein bei näherer Prüfung überzeugt man ſich, daß die actio Serviana ſelbſt nicht utiliter zu geſtatten, alſo der b. f. emtor nicht auf den Erſatz des Werthes der conſumirten Früchte zu condemniren iſt. Schon nach allgemeinen Grundſätzen kann er nicht mit Erfolg belangt werden, denn wenn ein b. f. possessor die Sache eines Andern bona fide zerſtört oder beſchädigt hat, indem er ſie für die ſeinige hielt, ſo findet weder die rei vindicatio noch die actio legis Aquiliae ſtatt, er iſt ſchuldlos, culpa caret, quia suo jure uti credidit [20]). Es iſt, als wäre die Sache durch einen Zufall zu Grunde gegangen: das gleiche Princip muß rückſichtlich der von bona fidei emtor conſumirten Früchte gelten.

1. es ſey, daß der b. f. emtor vom Verpfänder ſelbſt die Früchte, alſo das Eigenthum derſelben erwarb, ſie demnach mit dem größten Rechte conſumirte.

2. Oder daß er ſie vom Nicht-Eigenthümer erwarb: denn war dieſer ſelbſt bonae fidei Beſitzer, ſo übertrug er deren Eigenthum [21]), war er es nicht, ſo kann doch dem conſumirenden b. f. emtor keine Schuld imputirt werden: mit der Zerſtörung der Sache hören hier die dinglichen Klagen auf dieſelben von ſelbſt auf, quia non dolo desiit possidere.

Aus den eben entwickelten Gründen läßt ſich das Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. vollkommen erklären, wenn man annimmt, Papinian habe den Fall im Auge gehabt, wo die mit dem Grundſtück verpfändeten Früchte, nachdem ſie vom Verpfänder percipirt worden, von einem dritten Nichteigenthümer an einen b. f. emtor veräußert, und von dieſem conſumirt worden waren.

---

20) Fr. 25. §. 11. D. 5. 3.

21) Nach Fr. 4. §. 19. D. 41. 3.

Denn die Stelle ſagt:

1. Bonae fidei emtor d. h. b. f. emtor fructuum oppigneratorum.

2. Consumtos utili Serviana (d. h. entweder wenn er mit der Quasi-Serviana oder mit der hypothecaria utilis [22]) belangt wird) *eos* consumtos restituere non cogetur.

3. Woraus ſtillſchweigend folgt: extantes restituere cogetur und zwar:

4. Selbſt wenn der b. f. emtor durch die vollendete Uſucapion das Eigenthum derſelben ſollte erworben haben: Pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur.

Dieß [23]) iſt aber nur wahr im Falle der Pfandſchuldner ſelbſt Eigenthümer der Früchte geweſen war, d. h. wenn er ſie ſelbſt percipirt hatte, denn war er dieß nicht, ſo gilt das Gegentheil: quod dissimile est in fructibus, qui nunquam debitoris fuerunt. Dieſe letzte Entſcheidung ſtimmt genau mit der des Fr. 29. §. 1. D. 20. 1. überein, denn

quod diximus etiam adgnata teneri, *sive specialiter de his convenerit* sive non, ita praecedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus.

Dieſe hier von uns vorgeſchlagene, von den gewöhnlichen Erklärungen des casus legis in Fr. 1. §. 2. ſehr abweichende Auslegung der Stelle ſetzt alſo die Perception der Früchte vom Verpfänder ſelbſt voraus. Unterſuchen wir nun aber, ob das Fragment nicht von einem andern Falle verſtanden werden könnte, d. h. von einem Falle, in welchem nicht der Verpfänder, ſondern der b. f. emtor der Hauptſache die Früchte percipirt hätte.

---

22) d. h. blos auf die consumtos mit der hypoth. utilis.

23) d. h. daß die fructus extantes zu reſtituiren ſind.

2. Ein zweiter möglicher Hauptfall iſt nämlich der: die verpfändeten Früchte ſind nicht vom Pfandſchuldner oder deſſen Erben percipirt, und erſt nach ihrer Perception in die Hände eines Dritten (z. B. eines b. f. emtor) gekommen: ſondern das mit den Früchten verpfändete Grundſtück ſelbſt iſt auf einen Dritten übergegangen, und die Früchte ſind von dieſem percipirt worden.

Von dem Fall, wo dieſer in mala fide war, zu ſprechen iſt unnöthig, weil er ſtets e dolo suo belangt werden kann. Es bleiben demnach nur die Fälle der b. f. possessio übrig, deren aber mehrere denkbar ſind:

A. der verpfändende Eigenthümer hatte ſelbſt die Sache an einen b. f. emtor veräußert, und dieſer (alſo der Eigenthumsbeſitzer) die Früchte percipirt.

B. Ein dritter Nicht-Eigenthümer hatte die Sache dem b. f. emtor [24]) tradirt, und dieſer percipirt.

C. Das Pfandrecht war von einem Nicht-Eigenthümer beſtellt worden, und die Sache nachher an einen b. f. emtor übergegangen.

In wie fern war in den drei unterſtellten Fällen die actio hypothecaria möglich, rückſichtlich der vom b. f. emtor percipirten, bei ihm exiſtirenden oder von ihm conſumirten Früchte? Paſſen alle Sätze des Fr. 1. §. 2. auf einen oder den andern dieſer drei Fälle?

Was die Faſſung dieſer Stelle betrifft, ſo müſſen wir nochmals darauf aufmerkſam machen, daß Papinian zunächſt und ex professo die Frage entſcheidet: ob de fructibus *consumtis* die Serviana utilis möglich ſey: er ſetzt alſo nothwendig, was die non consumtos betrifft, das Gegentheil voraus, d. h. er ſagt indirect: exstantes b. f. emtor utili

24) Dieß wäre denn wie Backe S. 91. richtig bemerkt, der b. f. emtor im eigentlichſten Sinne, der auch dem Eigenthümer gegenüber ſo genannt wird.

Serviana restituere cogetur. Das heißt: die ganze Entſcheidung Papinians iſt nur unter der Vorausſetzung richtig, es hätte die Pfandklage mit Erfolg angeſtellt werden können auf die Früchte — falls dieſe noch in natura beim Percipirenden exiſtirt hätten [25]).

Es fragt ſich, ob dieß nach allgemeinen Grundſätzen und nach andern Stellen aus den Rechtsquellen in einem der drei unterſtellten Fällen (v. A, B, C.) möglich geweſen wäre?

1. Im Falle C. gewiß nicht, es ſey denn: man wolle annehmen, es habe der Pfandgläubiger die Pfandklage als Publicianiſche Klage anſtellen wollen. Allein zu dieſem Falle paſſen die Endworte der Stelle gar nicht: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt. Ferner iſt, (was Papinian gewiß nicht würde übergangen haben) in der Angabe des Verpfändungsactes nicht geſagt, es ſey ein praedium cum fructibus von einem Nichteigenthümer verpfändet worden.

Die griechiſchen Scholaſtiker (angeführt bei Glück S. 347) nehmen allerdings einen ſolchen Fall an, allein ihre Autorität kann nicht als entſcheidend hier gelten. Sie ſuchten einen dunkeln Fall durch eine Hypotheſe ſich zu erklären, die offenbar nicht glücklich gewählt iſt.

2. Auch der Fall A, welchen manche Ausleger, und namentlich Geſterding hier vorausſetzen, darf nicht angenommen werden; denn es hätte in demſelben (d. h. im Falle, wo der mit dem Pfandrechte unbekannte Eigenthumsbeſitzer die Früchte percipirt hatte) nicht auf die fructus exstantes geklagt werden können. Der Verpfändungsact der Früchte

---

25) Dieſe Auffaſſung der von Papinian entſchiedenen Frage iſt nicht die aller bisherigen Ausleger der Stelle, namentlich nicht die Voet's, Weſtphal's, Geſterding's. Sie findet ſich aber bei Bachov de Pignoribus Lib. II. c. 11. no. 5. p. 185. Secundo infertur, quod si fructus licet b. f. percepti adhuc extant pro illis hypothecaria actione creditor possit experiri.

(als künftiger Sachen) reicht allein nicht hin, damit dieſelben durch die Perception in das Pfandrecht fallen. Der neue Eigenthümer macht ſie in Folge ſeines Perceptionsrechts zu ſeinem freien Eigenthum. Da ſie nun nie im Eigenthum des Verpfänders waren, ſelbſt nicht als hängende Früchte, und im Augenblick der Perception, wo ſie als ſelbſtſtändige Sachen erſt zu exiſtiren anfangen, nicht auch Eigenthum des Verpfänders werden, ſo können ſie nicht verpfändet ſeyn. Dieß ſteht ausdrücklich in dem oft angeführten Fr. 29. §. 1. D. 20. 1., folgt aus Fr. 11. §. 3. D. 20. 4. und wird durch den Schluß des Fr. 1. §. 2. D. 20. 1., d. h. durch die Worte: quod dissimile est in fructibus, qui numquam debitoris fuerunt beſtätigt. Dieſe letzte Aeußerung [26]), man mag die Stelle auf was immer für einen Fall beziehen, muß nämlich nothwendig ſo ausgelegt werden: daß durch dieſelbe nicht blos die Pfandklage auf die fructus consumtos, ſondern auch auf die perceptos exstantes geläugnet wird.

Die eben entwickelten Gründe ſind auch auf den von Glück, Hepp und Sintenis angenommenen Fall anwendbar: nämlich auf den, wo der b. f. emtor durch Uſucapion das Eigenthum des Grundſtücks erworben haben ſollte.

Denn auch in dieſem Falle fällt die Pfandklage nicht blos auf die fructus consumtos, ſondern auch auf die exstantes weg, wie Hepp mit großem Scharfſinn S. 529 — 530 ſeiner Recenſion bewieſen hat [27]). Und doch, ſagt er S. 531, müſſen

26) Auch Backe S. 41. zeigt, daß der Fall nicht der casus legis ſeyn könne.

27) Er ſagt: da das Pfandrecht auf die fructus als ſelbſtſtändigen Objecten erſt im Augenblick der Separation der Früchte anfangen kann, vom Augenblick der Separation aber bis zur Perception (muß wohl Conſumtion heißen) ſich kein Moment nachweiſen läßt, in welchem die Früchte ſich im Eigenthum des Verpfänders befanden, ſo kann von keinem darauf beſtehenden Pfandrecht die Rede ſeyn, und damit fällt auch die actio hypothecaria, ſoweit ſie darauf gerichtet war, als unbegründet weg, (d. h. ſie hat auch nicht auf die fructus exstantes ſtatt!!)

die fructus percepti et exstantes herausgegeben werden, weil Papinian nur von den consumirten spreche.

3. Es bleibt also nun der Fall B. zu untersuchen übrig, welchen Bachov und neustens Backe als den wahren Casus legis annehmen.

Nach ihnen setzt Papinian voraus: das mit den Früchten verpfändete Grundstück sey an einen b. f. emtor, d. h. einen Nichteigenthümer gekommen, welcher die Früchte percipirt und, zum Theil wenigstens, consumirt habe; denn habe der Pfandgläubiger sein Pfandrecht auf das so verpfändete Grundstück, mit der Actio quasi Serviana geltend gemacht: Papinian aber entschieden, der b. f. emtor sey nicht zur Restitution der consumirten Früchte — (wohl aber die Herausgabe der noch existirenden) — zu verurtheilen. Papinian mache sich gegen diese Entscheidung selbst einen Einwand, nämlich den: die Usucapion hebe ja das Pfandrecht nicht auf [28]), folglich dürfe auch die Consumtion der Früchte dem Pfandgläubiger nicht nachtheilig werden, d. h. der Consument müsse den Werth derselben [29]) restituiren. Allein Papinian widerlege diesen Einwand durch die Schlußbemerkung: quod dissimile est in fructibus, qui nunquam debitoris fuerunt. Allein es springt in die Augen, daß durch diesen Entscheidungsgrund offenbar zu viel gesagt würde, denn fructus qui *nunquam* debitoris fuerunt [30]) können nie verpfändet ge-

28) Daß Papinian dieß thue, sagen auch Glück, Gesterding u. a.

29) Deshalb glaubt auch Gesterding, es sey von der actio serviana utilis die Rede.

30) d. h. nicht als besondere Sache quia bona fidei emtor fructus perceptos suos facit. Fr. 48. pr. D. 41. 1. Geht man von der Ansicht v. Savigny's aus: daß der bonae fidei possessor einer Sache durch die Perception nicht Eigenthümer der Früchte werde, sondern nur eine abgesonderte bonae fidei possessio davon erwerbe, und nur von der Verbindlichkeit den Werth der consumirten Früchte zu zahlen frei sey (das Recht des Besitzes VI. Ausg. S. 345.) — so ist unsre Stelle, als vom Falle B. redend, vollkommen zu erklären: und wäre sogar für diese Ansicht die wichtigste Belegstelle.

weſen ſeyn, alſo auch nicht die beim b. f. emtor exstantes, und doch ſagt Papinian blos, die Conſumirten ſeyen nicht zu reſtituiren.

Es iſt daher nicht wohl möglich, in jener Schluß-Aeußerung des Juriſten den Entſcheidungsgrund für deſſen Ausſpruch im Anfange der Stelle zu ſuchen, ſie muß nothwendig auf einen entgegengeſetzten Fall bezogen werden, was auch den Worten quod dissimile est ganz gemäß iſt. Unterſuchen wir nun den unterſtellten Fall.

Man kann annehmen, der Pfandgläubiger habe auf das Grundſtück und zugleich auf die Früchte geklagt.

Der b. f. emtor ſoll verurtheilt werden, rückſichtlich der Früchte.

Seine Lage kann dem Pfandgläubiger gegenüber nicht ſchlimmer ſeyn, als gegenüber dem die Sache vindicirenden Eigenthümer. Dieſem hatte er die conſumirten Früchte nicht zu reſtituiren [31]), alſo darf er dieß auch nicht an den Pfandgläubiger.

Hiemit hat es ſeine vollkommene Richtigkeit. Auch folgt aus dieſer Gleichſtellung, daß er die fructus exstantes herauszugeben habe [32]).

Allein trotz der Richtigkeit dieſes Raiſonnements läßt ſich nicht wohl annehmen, daß Papinian dieſen Fall in der Stelle vor Augen gehabt habe. Denn wozu die Bemerkung: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam questio pignoris ab intentione dominii separatur? Wozu die, die Pfandklage auch auf die fructus exstantes ausſchließende Finalbemerkung? — Auch die ſubtilſten Interpreten, wie Backe S. 192—193, kommen über dieſe Schwierigkeit nicht hinweg, und müſſen, wenn ſie die Entſcheidung eos consumtos restituere non cogetur auf den im Ende der

---

31) §. 35. J. 2. 1., zu welchem Schrader unſer Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. als Belegs-Stelle anführt.

32) Dieſe Anſicht entwickelt auch Backe l. c. S. 41 u. 192.

Stelle gegebenen Grund ſtützen wollen, annehmen [33]), es ſeyen nicht einmal die exstantes herauszugeben geweſen, was den vorhin entwickelten Grundſätzen und der Anwendung des §. 31. J. 2. 1. geradezu widerſpricht. Man könnte aber auch davon ausgehen: Papinian habe vorausgeſetzt, es ſey blos auf die vom b. f. emtor percipirten Früchte mit der Serviano utilis geklagt worden, weil dieſelbe *nominatim* verpfändet geweſen.

Allein dieſe Hypotheſe zeigt ſich von Vorn herein als verwerflich, denn die Entſcheidung des Fr. 29. §. 1. ſagt ausdrücklich: daß ſelbſt speciell verpfändete Früchte nur dann unter das Pfandrecht fallen, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus: nun ſind die Früchte durch die Perception Eigenthum des b. f. e. geworden, *fructus perceptos suos fecit*, ſie waren als ſelbſtſtändige Sachen *nunquam debitoris*: alſo können ſie als eigens verpfändete Sachen nicht angeſehen werden, und Papinian brauchte nicht zu ſagen: eos consumtos restituere b. f. e. non cogetur: er hätte ſagen müſſen: *perceptos* (etiam exstantes) restituere non cogetur.

So richtig es nun nach allgemeinen Grundſätzen iſt, daß der mit der Pfandklage auf die Herausgabe der Hauptſache belangte, dieſe in gutem Glauben beſitzende Nichteigenthümer — zur Reſtitution der fructus non consumtos (nach §. 35. J. 2. 1.) zu verurtheilen iſt — ſo bedenklich iſt es anzunehmen: Papinian habe dieſen Fall bei ſeiner Entſcheidung in Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. vor Augen gehabt.

Wir ſind alſo genöthigt, um alle Aeußerungen des

---

33) So ſagt Backe 192: Etenim fructus ex fundo perceptos suos fecit b. f. emtor: fructus autem ex re obligata natos, quorum dominium ad debitorem non *pervenit* perceptione, obligatos non esse certum est. Ergo *nec* illos quos consumsit b. f. emtor fructus, cum obligati nunquam fuerunt, cogetur utili Serviana restituere.

Fragments erklären zu können, die Annahme der drei Fälle A, B, C. zu verwerfen, und uns an den (S. 412—413) entwickelten Fall zu halten, d. h. wir würden folgenden Inhalt des Fr. 1. §. 2. D. 20. 1. annehmen:

„Wenn bei der Verpfändung eines Grundſtücks ausdrücklich verabredet wurde, daß auch die Früchte verpfändet ſeyn ſollten, ſo kann der Käufer derſelben im guten Glauben auf die Herausgabe der conſumirten Früchte, in Folge der Pfandklage, nicht verurtheilt werden, wohl aber auf die noch exiſtirenden, ſelbſt nach dem Ablauf der Uſucapionszeit, weil ja durch die vollendete Uſucapion das Pfandrecht nicht vernichtet wird, indem die Pfandklage mit dem Zweck der Eigenthumsklage nichts gemein hat.

Dieß hat aber bei den Früchten nicht ſtatt, die niemals im Eigenthum des Schuldners waren.

Der Juriſt unterſcheidet demnach zwei Hauptfälle:

1. Der Pfandſchuldner hatte ſelbſt die Früchte percipirt, ein Andrer ſie bona fide gekauft. Dieſer muß alle exstantes herausgeben, und kann ſich auf den Ablauf der Uſucap.-Zeit nicht berufen, den Werth der conſumirten hat er dagegen nicht zu erſtatten.

2. Sind aber die Früchte nie im Eigenthum des Verpfänders geweſen, ſo erſtreckt ſich das Pfandrecht gar nicht auf dieſelben.

Die ſo erklärte Entſcheidung Papinians iſt den allgemeinen Rechtsgrundſätzen gemäß, und ſtimmt, wie ſchon geſagt iſt, genau überein mit der Marcian's in Fr. 29. §. 1. D. 20. 1.

Das Endreſultat unſrer ganzen Unterſuchung der Frage, in wie weit das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache ſich erſtrecke, könnte in folgende Sätze gefaßt werden:

1. Die hängenden oder nach der Anſtellung der Pfandklage vom Beſitzer der Sache gezogenen Früchte ſind dem

Pfandrechte unbedingt unterworfen, ſie mögen beſonders verpfändet geweſen ſeyn oder nicht [34]).

II. Was die vor der Anſtellung der Klage gezogenen nicht ausdrücklich mitverpfändeten Früchte betrifft, ſo hat:

a. der Pfandſchuldner ſelbſt (oder ſein Erbe) ſie herauszugeben, wenn ſie bei ihm noch in natura vorhanden ſind, und der Werth der Hauptſache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Den Werth der conſumirten, oder von ihm veräußerten Früchte hat er nicht zu vergüten.

b. Die vom dritten Eigenthumsbeſitzer der Sache gezogenen Früchte fallen gar nicht unter das Pfandrecht [35]).

III. Die ausdrücklich mit der Hauptſache verpfändeten Früchte müſſen, wenn ſie vom Pfandſchuldner ſelbſt oder ſeinen Erben percipirt ſind, ſowohl von dieſen ſelbſt herausgegeben werden, als auch vom Käufer derſelben in gutem Glauben, wenn ſie bei dieſen noch vorhanden ſind, und zwar ſelbſt nach dem Ablauf der Uſucapions-Zeit. Den Werth der conſumirten braucht der Letzte nicht zu erſetzen [36]).

Die vom dritten Eigenthumsbeſitzer der Sache percipirten Früchte müſſen aber auch, wenn ſie ausdrücklich verpfändet ſind, nicht reſtituirt werden [37]).

IV. Der die verpfändete Sache als Nichteigenthümer innehabende dritte Beſitzer muß, wenn er in mala fide iſt, alle, wenn er in bona fide ſich befindet, nur die percipirten, nicht conſumirten Früchte herausgeben [38]).

---

34) Nur braucht der Pfandgläubiger ſie nicht in Anſpruch zu nehmen, wenn die Schuld durch den Werth der Hauptſache gedeckt iſt.

35) Fr. 16. §. 4. verb. mit Fr. 29. §. 1. D. 20. 1.

36) Fr. 1. §. 2. D. 20. 1.

37) Fr. 15. 2. infine Fr. 29. §. 2. D. 20. 1. Dieß ſagt auch das franzöſiſche Recht im Art. 2176.: Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dûs par le *tiers* detenteur, qu'à compter du jour de la sommation de payer au de délaisser.

38) d. h. er muß in beiden Fällen in ſo weit reſtituiren, als er auch dem die Hauptſache vindicirende Eigenthümer ſie hätte herausgeben müſſen. Arg. §. 35. J. 2. 1.